Der
eingetragene Nichtkaufmann
nach dem neuen Handelsgesetzbuche

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Adolf Nord
aus Stößen bei Naumburg a. S.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.

I. Rückblick auf den bisherigen Rechtszustand.

§ 2. 1. Behandlung unrechtmäßiger Eintragungen

2. Irrtümliche Eintragung eines Nichtkaufmannes:

§ 3. a. Standpunkt der Praxis;

§ 4. b. Der gutgläubige Dritte;

§ 5. c. Der Firmeninhaber.

II. Das geltende Recht.

§ 6. Entstehungsgeschichte des § 5. Allgemeines.

§ 7. Beginn der konstitutiven Wirkung des § 5.

§ 8. Ende der konstitutiven Wirkung.

§ 9. Die rechtliche Stellung des Firmeninhabers.

§ 10. Anwendungsfälle des § 5.

Litteraturverzeichnis.

1. Anschütz und Völderndorff (Allfeld), Kommentar zum HGB. 2. Aufl. 1894.
2. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I, 1 1886.
3. Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen
4. Buchka-Öttker-Lehmann, Civilprozeßordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gestalt. 1899.
5. Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts. Bd. 6, 8, 11, 20.
6. Cohn, Theodor, Handels- und Genossenschaftsregister. 2. Aufl. 1901.
7. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.
8. Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub. Jahrgang 1896 und 97.
9. Dickel, Bemerkungen zum Entwurfe eines HGB. 1897.
10. Düfinger und Hachenberg, Komm. zum neuen HGB. 1897. I.
11. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 1881.
12. Engelmann, Das Handels- und Seerecht. 1899.
13. Finger, Richard, Neuerungen des neuen HGB. bezüglich konstitutiver Firmeneinträge. Freiburg. Diss. 1900.

14. Fitting, Die Grundlagen der Beweislast in Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß. Bd. 13.
15. Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1899.
„ Handausgabe zum HGB. v. 1897. 1898.
16. Gierke, Entwurf des neuen HGB. 1897.
17. Goldmann, Kommentar zum neuen HGB. 1901.
18. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1875.
„ jetzt: Keyßner und Lehmann, Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 20, 48, 49, 47.
19. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts. Bd. 42: Cohn, die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch. S. 74—76.
20. v. Hahn, Komm. zum HGB. 4. Aufl. 1894.
21. Heinemann, Berthold, Das Handelsregister nach dem neuen Handelsgesetzbuche. Erlanger Diss. 1900.
22. Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 5. Jahrg. 1896.
23. Kaufmann, Die wesentlichen Unterschiede des alten und neuen HGB. 1900.
24. Kohler, Recht des Markenschutzes.
25. Lehmann und Ring, Komm. zum neuen HGB. 1899.
25. Lührs, Folgen der falschen Eintragung in das Handelsregister. Leipz. Diss. 1898.
27. Makower, Komm. zum neuen HGB. 12. Aufl.
28. RG.-Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
29. Ritter, Allgemeine Lehren des Handelsrechts. 1900.
30. ROH.-Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
31. Rudorff, Die Vorschriften über die Führung des Handelsregisters. 1882.

Rudorff, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 mit Erläuterungen. 1898.

32. Schultze-Görlitz, Führung des Handels- und Musterregisters. 1893.

„ „ und Oberneck, Die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Komm. 1900.

33. Staub, Komm. zum neuen HGB. I. 6. u. 7. Aufl.

34. Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1879.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0024

§ 1.

Einleitung.

Die bereits durch das alte Handelsgesetzbuch für ganz Deutschland eingeführten Handelsregister verfolgen den Zweck, über alle im kaufmännischen Verkehr erheblichen Thatsachen eine möglichst vollständige Auskunft zu geben;[1] sie sind demnach im Interesse der Verkehrssicherheit eingeführt. Alle vom Gesetz vorgeschriebenen Einträge, wie Annahme und Erlöschen einer Firma, Erteilen einer Prokura, Wechsel in dem Bestande der Inhaber eines Etablissements u. dergl. erfolgen auf Grund einer Anmeldung; die Eintragungen sind also gerichtliche Zeugnisse darüber, daß die Beteiligten die eingetragenen Erklärungen in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise abgegeben haben. Lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über öffentliche Urkunden ist deshalb die Echtheit, Gültigkeit und Beweiskraft auch der Eintragungen in das Handelsregister zu beurteilen.[2] Nach diesen Grundsätzen beantworten sich insbesondere die Fragen nach Wirkungen von Eintragungen, die gefälscht oder auf Grund betrügerischer Anmeldungen

1) ROH. Bd. 3 S. 412.
2) Rudorff, Führung des Handelsregisters S. 254.

oder gefälschter Urkunden gemacht werden, insbesondere auch von irrtümlichen Eintragungen. Ein spezieller Fall derselben, nämlich die auf unrechtmäßige Weise erfolgte Eintragung eines Nichtkaufmannes, mag den Gegenstand einer eingehenden Untersuchung bilden, und zwar soll zunächst ein Blick auf den Rechtszustand im bisherigen Recht geworfen werden und alsdann die Stellung des neuen Handelsgesetzbuches zu dieser Frage erörtert werden.

I. Rückblick auf den bisherigen Rechtszustand.

§ 2.

1. Behandlung unrechtmäßiger Eintragungen.

Der Art. 12 Abs. 1 des alten HGB. spricht als Grundsatz aus: Das Handelsregister ist öffentlich. „Dieser Satz bedeutet nicht bloß, daß Jedermann berechtigt ist, sich Kenntnis vom Inhalte des Registers zu verschaffen, daß dieser Inhalt allgemein zugänglich gemacht werden soll, sondern insbesondere, daß, weil die Kenntnis des Registerinhaltes Jedermann möglich ist, sie auch von Jedermann erwartet und sogar verlangt wird."[1] Eine weitere Folge der Publizität des Handelsregisters ist aber (vgl. Völderndorff, Komm. I. S. 88) daß „jede im Vertrauen auf den veröffentlichten Inhalt des Handelsregisters vorgenommene Handlung, soweit sie mit

1) Völderndorff, Komm. I. 1 S. 86.

den hierher bezüglichen Rechtsverhältnissen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Register befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervorbringt, welche der vorgenommenen Handlung nach jenen Einträgen entsprechen. Und Niemand kann die Unkenntnis dessen, was im Handelsregister eingetragen ist, zu seinem Vorteile anführen, außer er wäre nicht im bösen Glauben." Bezüglich der Anwendung dieses Grundsatzes ist zu unterscheiden zwischen den rechtserzeugenden Thatsachen, z. B. Etablierung eines Geschäfts, und den rechtsverändernden oder rechtsaufhebenden Thatsachen, z. B. Änderung des Firmeninhabers, Zurücknahme der Prokura u. s. w.

Im einzelnen zählt v. Völderndorff[2] vier Fälle hierher:

1. Es existiert eine rechtserzeugende Thatsache, welche in das Register eingetragen werden sollte, sie ist aber in demselben nicht eingetragen.

2. Es existiert eine rechtsverändernde oder rechtsaufhebende Thatsache, die im Register eingeragen sein sollte, sie ist aber nicht eingetragen.

3. Es existiert eine Änderung oder Aufhebung des bisherigen Zustandes nicht, es ist aber eine solche Änderung oder Aufhebung im Register eingetragen.

4. Eine gewisse Thatsache, welche geeignet ist, Rechte zu begründen, existiert nicht, aber im Register ist sie als bestehend eingetragen.

Für uns kommt nur der letztere Fall (Nr. 4) in Frage, der deshalb noch eingehend erörtert werden soll.

2) Völderndorff, Komm. I, 1, S. 89—94.

Der Eintrag schafft in diesem Falle kein Recht, aber der Dritte, der im Vertrauen auf den richtigen Inhalt eines Registereintrages handelt, wird geschützt und derjenige, der den Eintrag bewirkt hat, muß ihn gegen sich gelten lassen. Das besagt auch eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 1 S. 243):

„Das Handelsregister ist zwar insofern eine öffentliche Urkunde und als solche in gleicher Weise wie andere öffentliche Urkunden beweisend, als der Registerrichter durch die Eintragung konstatiert, daß durch die Anmeldenden, (über deren Identität er sich zu vergewissern hat) in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gewisse Erklärungen abgegeben seien, welche jene Personen abzugeben hatten. Dagegen werden die Thatsachen, auf welche jene Erklärungen sich beziehen, durch das Handelsregister an sich nicht bewiesen, wenngleich in manchen Fällen die Erklärung die betreffende Thatsache involviert oder der Erklärende die letztere Dritten gegenüber als wahr gegen sich gelten zu lassen hat."

Dieser letztere Satz kommt auch dann zur Anwendung, wenn der Inhalt der angemeldeten Thatsache, ohne daß es der Dritte weiß, nicht mit der wahren Sachlage übereinstimmt. In diesem Falle ist der Registereintrag maßgebend.[3] So hat auch das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 24 S. 420) entschieden, daß derjenige, der eine Erklärung zum Zwecke der Registrierung abgegeben hat, seine Erklärung gegen sich gelten lassen muß; er wird an dem auf Grund seiner Erklärung Registrierten festgehalten, weil er es erklärt hat, und muß die Erklärung

3) Staub, 3. u. 4. Aufl. S. 25

denen gegenüber gegen sich gelten lassen, die im Vertrauen auf dieselbe gehandelt haben.[4] Es ist aber nirgends im HGB. ausgesprochen, daß die Eintragungen in das Handelsregister das Eingetragene als derartig wahr konstatieren, daß über die Richtigkeit der betr. Thatsachen, bezw. über die Beurteilung, welche sie gefunden, später überall nicht mehr gestritten werden dürfte.[5] Darum ist Herzog (Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 17 S. 217 ff.) im Unrecht, wenn er meint, daß auch der auf irrtümlichen thatsächlichen Voraussetzungen beruhende Eintrag ins Handelsregister in Verbindung mit der Veröffentlichung seitens des Handelsgerichts ein positives Recht schaffe. Deshalb ist es auch nicht richtig, wie in Handelskreisen oft angenommen wird, daß das im Handelsregister Eingetragene unbedingt der Wahrheit entsprechen müsse und einer Anfechtung wegen thatsächlicher Unrichtigkeit entzogen sei.[6] Die Eintragung enthält eben eine öffentliche Urkunde, durch die das Gericht bezeugt, daß der Anmeldende eine Erklärung in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise abgegeben habe. Das Register beweist also wie jede andere öffentliche Urkunde, es kann darum aber auch seine Echtheit in derselben Weise angefochten werden.[7] Der erbrachte Gegenbeweis bewirkt dann Hinfälligkeit der Eintragungen. „Von diesem Standpunkte aus, so entschied das Appellationsgericht zu Celle am 17. Jan. 1872, kann nicht zweifelhaft sein,

4) vgl. auch ROH. Bd. 3 S. 412.
5) Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 20 S. 569, 570.
6) vgl. Prot. der I. S.-K. S. 27 und Düringer, Komm. S. 64.
7) ROH. Bd. 23 S. 285.

daß im vorliegenden Rechtsstreite darüber gestritten ist, ob die zwischen O. und B. bestehende Gesellschaft — es handelte sich um den Betrieb einer Ziegelei — in der That eine Handelsgesellschaft, bezw. ob diese Handelsgesellschaft eine offene gewesen sei, diese Frage der richterlichen Beurteilung unterzogen werden müsse.[8] Die Eintragungen sind, wie bereits betont, nichts anderes als öffentliche Urkunden über Anmeldungen, nicht aber über die Thatsachen, welche den Gegenstand der Anmeldungen bilden. Es erzeugt freilich in vielen Fällen die Erklärung diese Thatsachen, z. B. die Erklärung des A., daß er B. zum Prokuristen ernannt habe, involviert diese Ernennung,[9] und auch, wo dies nicht der Fall ist, z. B. wenn A. erklärt, daß er mit B. eine offene Handelsgesellschaft eingegangen sei, wird diese Erklärung Dritten gegenüber für den A. dieselbe Wirkung haben, als sei die Gesellschaft wirklich eingegangen, d. h. er haftet aus den von B. im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften.[10] In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht entschieden,[11] daß wenn auch für eine Gesellschaft, insofern sie kein Handelsgewerbe betreibe, durch ihre Eintragung als offene Handelsgesellschaft der Charakter der letzteren nicht erworben wurde, doch in der Eintragung die Erklärung zu finden sei, daß die Gesellschafter wie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften wollen. (Vgl. auch Urteil des

8) vgl. Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 29 S. 569.
9) Heinemann, Diss. S. 43 Anm. 66. RG. Bd. 1 S. 242.
10) v. Hahn, Komm. I. S. 137 u. 138.
11) RG. Bd. 40. S. 146.

Oberlandesgerichts Dresden im sächs. Archiv Bd. 4 S. 184). Es ist hier ausdrücklich gesagt, daß eine solche Eintragung keine rechtsbegründende Kraft hat. Wenn also z. B. A. als Inhaber der Firma „Müllers Nachfolger" im Handelsregister eingetragen ist, die Firma aber im Besitze des B ist und von diesem ausgeübt wird, so wird A durch die Eintragung nicht Eigentümer der Firma. Aber jeder, der mit der Firma „Müllers Nachfolger" Geschäfte geschlossen hat, kann bei Nichtkenntnis des wahren Sachverhaltes sich an A halten, obwohl nicht er, sondern B die Geschäfte im Namen der Firma abgeschlossen hat. (Vgl. Völderndorff, Komm. I, 1 S. 90 Nr. 2). Daher wird auch eine Person, die zu Unrecht als Vorstand einer Aktiengesellschaft eingetragen ist, nicht dadurch Vorstand, aber die Gesellschaft muß in jenem Falle die von ihren legitimierten Organen unrichtiger Weise als Vorstand angemeldete Person als solchen gegen sich gelten lassen.[12] Bemerkenswert ist für diesen Fall eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts:[13] Kann auch die Eintragung eines Generalversammlungs-Beschlusses oder einer auf demselben basierenden Thatsache im Handelsregister etwaige Mängel beim Zustandekommen jenes Beschlusses nicht heilen, so muß doch nach Art. 227, 228, 233 HGB. die Thatsache der Eintragung des Vorstandes auf Grund eines solchen Beschlusses bewirken, daß derselbe Dritten gegenüber, solange eine Änderung im Register in Folge Anfechtung des Beschlusses nicht zur Eintragung gelangt ist, zur Vertretung der Gesellschaft befugt erscheint. Dies erheischt auch das Bedürfnis, da Aktiengesellschaften

12) vgl. Cosack, Lehrbuch S. 47.
13) ROH. Bd. 20 S. 210.

bis zur Herbeiführung einer Ungültigkeitserklärung des betreffenden Beschlusses und einer Löschung der Eintragung nicht unvertreten sein dürfen. Dasselbe gilt auch, wenn eine Kommanditgesellschaft zum Register angemeldet, aber irrtümlicher Weise als offene Handelsgesellschaft eingetragen ist. In diesem Falle haftet jeder Kommanditist unbeschränkt Dritten gegenüber während der Dauer der falschen Eintragung.[14] Mit Recht verwarf deshalb auch das Reichsgericht[15] die Beschwerde des aus einem Wechsel des Komplementärs in solidum verurteilten Kommanditisten.

2. Irrtümliche Eintragung eines Nichtkaufmannes.

§ 3.

a. Standpunkt der Praxis.

Diesen Grundsätzen analog ist der Fall zu behandeln, daß ein Nichtkaufmann in das Handelsregister eingetragen ist. Demnach wird zwar die Kaufmannseigenschaft noch nicht durch die Eintragung in das Firmenregister dargethan, wohl aber muß derjenige, welcher seine Firma zum Handelsregister anmeldet, die öffentliche Erklärung dieser Eigenschaft gegen sich gelten lassen.[1] Darum sagt Goldschmidt[2] mit Recht: „Auch wer sich dolose für

14) RGH. Bd. 23 S. 281 ff.
15) vgl. Rudorff, Führung des Handelsregisters S. 255.
1) Behrend, Lehrbuch I S. 420 Anm. 60.
2) Goldschmidt, Handbuch S. 459 Anm. 16.

einen Kaufmann ausgiebt, gilt rechtlich nicht als Kaufmann, noch gilt sein Rechtsgeschäft als Handelsgeschäft, sofern dazu Kaufmannseigenschaft erfordert wird. Nur muß, wer in das Handelsregister eingetragen ist, sich, solange dieser Eintrag besteht, im geschäftlichen Verkehr als Kaufmann behandeln lassen, da ein anderes mit dem öffentlichen Glauben des Handelsregisters unverträglich wäre". Dieser Satz wird freilich bestritten,[3] indem dagegen geltend gemacht wird, daß die Vorschriften über Handelsgeschäfte (Art. 273 und 274) nur für Kaufleute, nicht auch für registrierte Nichtkaufleute zur Anwendung kämen. Andrerseits ist aber auch kein Grund vorhanden, weshalb gerade dieser eine Fall abweichend von den obigen Grundsätzen behandelt werden sollte, noch dazu, da die Voraussetzungen die gleichen sind. Die herrschende Meinung hat wenigstens an dem hier vertretenen Standpunkte immer festgehalten. (Goldschmidt, S. 460, Allfeld, S. 90 Anm. 38 und 39, Behrend, S. 240, v. Hahn, S. 137 ff.)

Dem Standpunkte der Wissenschaft hat sich auch die Praxis angeschlossen. So besagt eine Entscheidung des Gr. Hofgerichts zu Darmstadt (1866):[4]

„Handelsregister sind öffentliche Bücher; es muß daher ein Eintrag in solche bis zum Beweise des Gegenteils als richtig und der Sachlage entsprechend angesehen werden. Wer daher zugesteht, daß er im Handelsregister eingetragen sei, giebt damit auch zu, daß er Dritten gegenüber solange als Kaufmann in gesetzlichem Sinne anzusehen sei, bis das Gegenteil erwiesen und der Eintrag gelöscht ist.

3) Lührs, Diss. S. 10 ff. Heinemann, Diss. S. 42.
4) mitgeteilt in Busch, Archiv Bd. 8 S. 174.

Die Praxis ging sogar soweit, daß sie für einen zu Unrecht registrierten Gewerbetreibenden die Zuständigkeit des Handelsgerichts annahm. Im Jahre 1866 hatte eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft die Einrede vorgeschützt, sie sei keine Handelsgesellschaft, da sie nur Rohprodukte mittelst Bergbau erzeuge, und müsse deshalb vor den Handelsgerichten nicht Recht nehmen.[5] Diese Einrede wurde aber mit folgender Begründung verworfen:

Das Handelsgericht sei eingerichtet zur Beförderung der Sicherheit im kaufmännischen Verkehr. Die Wirkung der Publikation, die nach Art. 12 zu erfolgen habe, zeige sich allerdings nicht darin, daß Jemand die Kaufmannseigenschaft durch Eintragung für sich erwerbe. Wohl aber trete dieselbe dadurch hervor, daß auf die im Handelsregister eingetragenen Personen unbestrittener Maßen die gesetzlichen Vorschriften über Firmen, Handelsbücher und Prokura Anwendung finden. Aus diesem Grunde sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts begründet. Denn das liege in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher sich in genauester Kenntnis seiner geschäftlichen Beziehungen als Handelstreibender angebe, von dem dazu berufenen Handelsgerichte als solcher erkannt und demgemäß eingetragen werde, bei Beurteilung von ihm eingegangener Verbindlichkeiten nicht die Ausflucht machen könne, daß er kein Kaufmann sei, da dieselbe mit jenen Vorgängen in direktem Widerspruch stände.

---

5) Busch, Archiv Bd. 11 S. 367 ff.

Mit Recht wurde in derselben Entscheidung noch darauf hingewiesen, daß entgegengesetzten Falls eine die Herstellung möglichst äußerer Sicherheit im Handelsverkehr bezweckende Einrichtung fortan mit Mißtrauen behandelt und in ihren Grundlagen auf das Heftigste erschüttert werde.

Beachtenswert ist auch folgende Entscheidung des Berliner Stadtgerichts im Jahre 1864:[6]

Über das Vermögen des Bauunternehmers P. wurde der gemeine Konkurs eröffnet, da das Stadtgericht davon ausging, daß ein Bauunternehmer als solcher kein Kaufmann sei. Nachher stellte sich heraus, daß P. früher ein Lampenfabrikationsgeschäft unter der in das Handelsregister eingetragenen Firma A. P. u. Co. betrieben habe, daß er dieses Geschäft zwar völlig aufgelöst habe, daß jedoch die Firma noch eingetragen stand und auch von P. noch später, zum Acceptieren von Wechseln benutzt war. Hierauf wandelte das Stadtgericht durch Beschluß den gemeinen Konkurs in einen kaufmännischen um, indem es davon ausging, daß die Eintragung in das Handelsregister formell schon eine genügende Unterlage zur Eröffnung des kaufmännischen Konkurses wäre, gleichgültig, ob P. den kaufmännischen Betrieb eingestellt habe oder nicht. Zugleich wurde der Staatsanwaltschaft anheimgestellt, gegen P. wegen einfachen Bankerotts vorzugehen, welchem Antrag aber die Staatsanwaltschaft nicht stattgab.

Der Satz, daß der registrierte Nichtkaufmann für die Dauer seines Eintrags als Vollkaufmann gilt, ist jedoch

---

6) Busch, Archiv Bd. 6. S. 11.

für das bisherige Recht in doppelter Hinsicht zu beschränken[7], insofern diese Rechtsvermutung

1. nur zu Gunsten gutgläubiger Dritter gilt;
2. nur zu Ungunsten des registrierten Firmeninhabers.

§ 4.

b. Der gutgläubige Dritte.

Der Dritte muß sich also in gutem Glauben befinden. Da Jedermann wissen muß, was im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, so ist derjenige, der nach diesem Inhalt handelt, solange als gutgläubig anzusehen, bis das Gegenteil erwiesen ist, der aber nicht darnach handelt, solange als schlechtgläubig anzusehen, bis er das Gegenteil erwiesen hat.[1] Daraus folgt nun, daß zum Beweise des schlechten Glaubens dargethan werden muß, daß derjenige, welcher sich auf den Inhalt des Registers stützt, die Unwahrheit dieses Inhaltes gekannt hat.[2] Wendet also der Firmeninhaber ein, daß der Dritte schlechtgläubig sei, so trifft ihn die Beweislast. Denn „nachdem die Öffentlichkeit des Registers jede anderweitige Erkundigungspflicht ausschließt, so hat derjenige keine Pflicht verletzt, welcher sich mit der Wissenschaft die er aus dem Register schöpfen kann, begnügt, und wenn ihm auch nachgewiesen werden könnte, daß er durch Nachfragen sich leicht von der Unrichtigkeit des konstatierten Zustandes, von der inzwischen er-

7) Cosack, Lehrbuch S. 47 u. 48.
1) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 93.
2) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 93; vgl. auch Anm. 46.

folgten Änderung hätte vergewissern können, so ist doch deshalb nicht weniger wahr, daß er, wenn er es eben nicht gethan, wenn er sich auf den Registerinhalt verlassen hat, als in gutem Glauben befindlich erscheint.“ [3] Anders ist es aber in dem Falle, wo es auf den Beweis des guten Glaubens ankommt. Denn wer nicht weiß, was er hätte wissen sollen und müssen, ist als gutgläubig nicht zu erachten, falls nicht besondere Umstände ihn entschuldigen. „Wer also nicht gegen den Inhalt des Registers handelt, muß, um die ihn deswegen treffende Vermutung des bösens Glaubens zu entkräften, darthun, nicht nur, daß er den Inhalt nicht gekannt hat, sondern auch, daß ihm nicht wohl zugemutet werden könnte, davon Kenntnis zu haben, das heißt, daß er den Inhalt nicht hat kennen müssen.“ [4]

Es trifft darnach die Beweislast denjenigen, der ein Recht gegen den Inhalt des Registers in Anspruch nimmt. (Vgl. Völderndorff I, 1 S. 94, Thöl S. 182 No. 7, Puchelt zu Art. 25 Anm. 3, Staub zu Art. 25 § 3, a. M. v. Hahn, Vorbem. § 8 ff.)

Wie dieser Beweis zu erbringen sei, richtet sich nach dem konkreten Falle; er kann sich z. B. darauf gründen, daß der Dritte durch einen Brief oder ein Cirkular oder mündliche Benachrichtigung seitens des Prinzipals oder eines andern oder auch zufälligerweise durch Gespräche Dritter von der Thatsache Kenntnis erhalten habe. [5]

---

3) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 93.
4) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 94.
5) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 94.

§ 5.

c. Der Firmeninhaber.

Nur zu Ungunsten des Firmeninhabers soll aber die Eintragung wirken, nicht auch zu seinen Gunsten. Das will besagen: nur der gutgläubige Dritte darf sich auf den Eintrag berufen, um sich gegen nachteilige Folgen zu wahren, der zu Unrecht eingetragene Firmeninhaber soll jedoch nicht berechtigt sein, irgendwelche Vorteile aus dem falschen Eintrage zu erlangen. Denn „eine bloße Erklärung, selbst, wenn sie in einem öffentlichen Buche abgegeben ist, kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen niemals den Ausgangspunkt von Berechtigungen bilden." [1] Deshalb kann der eingetragene Nichtkaufmann weder ausschließliches Firmenrecht noch Markenschutz beanspruchen.[2] Letzteres wird freilich bestritten von Behrend, Lehrbuch S. 273 Anm. 10, Endemann, in Busch, Archiv Bd. 32 S. 1 ff. und Rudorff, Führung des Handelsregisters S. 252. Es ist aber Kohler [3] beizustimmen, welcher den Satz aufstellt: „ein Markenrecht entsteht nur dann, wenn derjenige, für welchen eine Firma im Register steht, auch wirklich firmenberechtigt ist, wenn also dem Eintrage ein wirkliches Recht entspricht; . . . es wäre höchst unorganisch, die Berechtigung von der Zufälligkeit eines fehlerhaften Handelsregister abhängig zu machen. Er muß sich aber gefallen lassen, daß die Sonderrechtssätze des Handelsrechtes ihm gegenüber zur Anwendung

---

1) Heinemann, Diss. S. 45.

2) Heinemann, Diss. S. 45.

3) Kohler, Recht des Markenschutzes S. 225.

kommen, vor allem die Vorschrift über Formfreiheit nach Art. 317 HGB. Ferner, wenn er mit einem Kaufmann oder mehreren Kaufleuten gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen ist, dann sind sie nach Art. 280 in dubio als Solidarschuldner anzusehen. Die praktische Bedeutung dieses Satzes würde darin liegen, daß auf Grund des Art. 281 einem Solidarschuldner die Einrede der Teilung (beneficium divisionis) und der Vorausklage (beneficium excussionis) genommen ist, dem Gläubiger also die Rechtsverfolgung dadurch erleichtert ist. Hierher gehört auch die Bestimmung des Art. 284, wonach die von einem Kaufmann versprochene Konventionalstrafe keiner Beschränkung hinsichtlich des Betrages unterliegt, ja sogar das Doppelte des Interesses übersteigen darf.[4] Ist eine Handelsfrau zu Unrecht eingetragen, dann kann sie dem Dritten gegenüber nicht einwenden, daß ihr die Einwilligung des Ehemannes fehle; sie haftet nach Handelsrecht aus ihren Geschäften. Völderndorff geht sogar soweit, daß er sagt: „War ein Minderjähriger fälschlicher Weise eingetragen, so wird er dadurch nicht dispositionsfähig, aber wenn die Thatsache, daß ein Minderjähriger öffentlich ein Gewerbe betreibt, genügt, um ihn in dieser Hinsicht dispositionsfähig zu machen, so kann die Minorennität demjenigen gegenüber, welcher in gutem Glauben und im Vertrauen auf den Inhalt des Registers gehandelt hat, nicht eingewendet werden.“[5]

---

4) a. M. Heinemann. Diss. S. 42 Anm 64.

5) Völderndorff, Komm. I, 1 S. 90.

II. Das geltende Recht.

§ 6.

Allgemeines. Entstehungsgeschichte des § 5.

Eine viel weitgehendere Wirkung hat aber die Eintragung der Firma eines Nichtkaufmannes nach dem neuen HGB.

Zwar ist auch im geltenden Recht keine spezielle Vorschrift darüber enthalten, wie ein falscher Registereintrag zu behandeln sei; es kommt demnach der im ersten Teile unserer Abhandlung entwickelte Grundsatz auch heute noch zur Anwendung, daß jeder, der einen falschen Eintrag herbeigeführt hat, diesen zu seinen Ungunsten gegenüber einem gutgläubigen Dritten gegen sich gelten lassen muß. Dieser Grundsatz wird aber durch die in § 5 enthaltene (neue) Vorschrift durchbrochen, welche lautet:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre."

Nur schrittweise gelangte der deutsche Gesetzgeber dazu, der Eintragung der Firma eine so weittragende Wirkung beizulegen. Die Begründung zu dem ursprünglichen Entwurfe des HGB., der im Jahre 1895 einer Kommission von Kaufleuten und Juristen zur Begutachtung vorgelegt war, enthielt ganz im allgemeinen die Bemerkung, daß dem Firmeneintrage bindende Wirkung

weder für den Prozeß- noch für den Strafrichter beigelegt werden dürfe.[1] Der Entwurf des Reichsjustizamtes ging dann einen Schritt weiter, indem er es für den Einzelkaufmann bei den bisherigen Bestimmungen beließ, aber für die offene Handelsgesellschaft in § 111 Absatz 4 den Satz aufstellte:

„Nach der Eintragung in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden, daß es in Ansehung des Gegenstandes oder der Art und des Umfanges des Gewerbetriebes an den nach den Vorschriften der §§ 1—3 maßgebenden Voraussetzungen fehle."

Dieser Satz sollte nach § 147 Abs. 2 analoge Anwendung auf die Kommanditgesellschaft finden.

Aber weder Theoretiker noch Praktiker erklärten sich mit einer derartigen Vorschrift einverstanden.

Auf die Aufstellung dieser Spezialvorschrift scheinen mehrere Reichsgerichtsentscheidungen von Einfluß gewesen zu sein.[2] Die eine betrifft eine offene Handelsgesellschaft, welche unter der Firma Ziegler u. Co. in das Handelsregister eingetragen war, welcher aber vom Reichsgericht die rechtliche Existenz abgesprochen wurde, weil der Betrieb eines Baugeschäfts, zu welchem sich 2 Architekten verbunden hatten (es handelte sich um Anfertigung von Bauplänen, Übernahme von Bauausführungen für Dritte und Herstellung von Bauten auf eigene Rechnung zu Spekulationszwecken) meist Verträge über Liegenschaften zum Gegenstand hatte. Die Verpfändung des von

1) Schirrmeister, in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 37, vgl. auch Rießer, in Juristenzeitung 1896 S. 133.

2) Düringer, Komm. S. 57 No. 1.

dem einen Teilhaber in die Gesellschaft eingeworfenen Grundstücks wurde deshalb für ungültig erkärt, weil das mit der Klage angesprochene Pfandrecht namens eines rechtlich nicht existierenden Subjektes bewilligt sei und daher der Rechtsbeständigkeit ermangle. Darum wurde dem Gläubiger auch ein Absonderungsrecht in dem Konkurse des verpfändenden socius nicht zuerkannt.[3]

In dem andern Falle handelte es sich um eine Klage auf Abnahme eines im Schiedsspruch auferlegten Eides und Erlaß eines Schiedsspruchs gegen die Firma K. u. Co.; die klagende Partei hatte ausdrücklich erklärt, daß die Klage gegen die im Registerauszug als Inhaber bezeichneten Personen nicht gerichtet sein solle. Das Reichsgericht entschied hier, daß die beklagte Gesellschaft von Bauunternehmern als offene Handelsgesellschaft nicht bestehe, und daß deshalb das gegen sie erlassene Urteil bedeutungslos und die Klage sowie der Antrag auf Eidesabnahme als unzulässig abzuweisen sei.[4]

Diese Rechtsunsicherheit des bisherigen Rechts zu beseitigen, wäre der § 111 Abs. 4 wohl imstande gewesen; allein er entsprach den Verkehrsbedürfnissen nicht. Darum fand er auch weder beim Handelsstande noch in der Litteratur besonderen Beifall.

So warf Petri in der deutschen Juristenzeitung (1897 S. 16 u. 17) dem Entwurfe vor, daß er an einem wesentlichen Mangel leide, der die Rechtssicherheit in hohem Grade gefährde und deshalb einer Abhülfe dringend bedürfe, daß nämlich die Gewerbetreibenden, die nach § 2 eingetragen seien, die Kaufmannseigenschaft

3) vgl. Bolze, a. a. O. Bd. 6 No. 631.
4) vgl. Bolze, a. a. O. Bd. 9 No. 711 a.

nicht erwerben könnten, wenn die in § 2 Abs. 1 verlangten Erfordernisse der Eintragung nicht vorhanden seien. Darum sagt er mit Recht: „Man muß sich darauf verlassen können, daß derjenige, der in das Register als Kaufmann eingetragen ist, wirklich als Kaufmann gilt, daß er die ihn als Kaufmann obliegenden Pflichten wirklich zu erfüllen hat, daß er seinem Gegenkontrahenten nach Handelsrecht haftet und seine Kaufmannseigenschaft später nicht bestreiten kann, unter dem Vorgeben, daß er ein in kaufmännischer Weise eingerichtetes Geschäft nicht betreibe und daher Nichtkaufmann sei.“[5] Das waren auch die Wünsche des Handelsstandes, die wiederholt zum Ausdruck gebracht wurden, vor allem auf dem Deutschen Handelstage, woselbst der Beschluß gefaßt wurde, einen Zusatz zu § 2 zu beantragen des Inhalts, daß nach der Eintragung in das Handelsregister die Eigenschaft des Betriebes als Handelsgewerbe nicht aus dem Grunde Dritten gegenüber bestritten werden könne, weil es in Ansehung der Art und des Umfanges des Gewerbetriebes an den nach Abs. 1 dieses Paragraphen maßgebenden Voraussetzungen fehle.

Der Entwurf hatte der Eintragung eine solche konstitutive Wirkung deshalb nicht beigelegt, weil, wie die Denkschrift z. Entw. S. 15 ausführt, eine derartige Vorschrift mit der rechtlichen Bedeutung, welche im übrigen den Eintragungen in das Handelsregister zukomme, im Widerspruch stände. Das ist an sich richtig; denn das neue HGB. hält grundsätzlich noch an der

5) vgl. auch Dickel, Bemk. z. Entw. S. 40. Düringer in Goldheims Zeitschrift 1896 S. 243 ff., Staub, Krit. Beitr. z. Entw. S. 9, Lehmann im Archiv für civil. Praxis Bd. 86 S. 299 ff.

Auffassung des bisherigen Rechts fest, daß den Registereinträgen, soweit nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt sei, an und für sich nur die Bedeutung von Beurkundungen zukomme. (Denkschrift S. 19). Nun enthielt aber der Entwurf eine derartige Vorschrift in § 111 Abs. 4 für die offenen Handelsgesellschaften. Die Begründung der Denkschrift war mithin nicht stichhaltig, noch weniger aber das Argument, daß gegenüber dem Einzelkaufmann kein Bedürfnis bestehe, der Eintragung eine so weitgehende Wirkung beizulegen (Denkschrift S. 19), daß ferner eine solche Bestimmung eine genaue und vielfach belästigende Überwachung der registerpflichtigen Personen zur Folge haben würde. Hätte der Gesetzgeber den einseitigen Standpunkt des Entwurfs I festgehalten, so hätte das zu den größten Unzuträglichkeiten führen müssen; deshalb gab er schließlich dem dringenden Verlangen der Theoretiker und Praktiker nach, indem er in den Entwurf an Stelle der Spezialvorschrift des § 111 Abs. 4 die nunmehr Gesetz gewordene Bestimmung des § 5 aufnahm, welche besagt:

Ist im Handelsregister eine Person eingetragen, welche weder ein Grundhandelsgeschäft nach § 1, noch ein gewerbliches Unternehmen, das einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2), noch ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe (§ 3 Abs. 2) betreibt, dann gilt sie für die Dauer der Eintragung als Vollkaufmann, und zwar:

1) kann weder der Inhaber dem Dritten gegenüber, welcher sich auf den Eintrag beruft, geltend machen,

daß er kein Vollhandelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe betreibe;

2) noch der Dritte dem Inhaber gegenüber, welcher sich auf seinen Eintrag beruft, geltend machen, daß dieser kein Vollhandelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe betreibe;

3) unwesentlich ist aber, ob der Dritte gut- oder schlechtgläubig ist.[6]

Das Eigenartige dieser Bestimmung liegt darin, daß der unrechtmäßige Firmeneintrag auch zu Gunsten des Firmeninhabers und auch gegenüber einem schlechtgläubigen Dritten wirkt, was im bisherigen Recht niemals der Fall war.

Diese Sätze gelten auf Grund des § 6 Abs. 1 nicht bloß für Firmen der Einzelkaufleute, sondern auch für die der Handelsgesellschaften.[7] Für § 5 kommen aber nur die offenen Handels- und Kommanditgesellschaften in Betracht, nicht auch die Aktien- und Aktienkommanditgesellschaften, denn die beiden letzteren bilden mit den Gesellschaften mit beschränkter Haftung und den eingetragenen Genossenschaften die Gruppe der fingierten Kaufleute, d. h. sie sind Kaufleute auch wenn sie kein Gewerbe betreiben.[8] § 5 greift auch dann Platz, wenn eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in der Weise entsteht, daß Jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist in das Geschäft eines zu Unrecht eingetragenen Firmeninhabers eintritt.

---

6) Goldmann, Komm. S. 35. Buchka-Ötker-Lehmann S. 213 X. Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 38.

7) Rudorff, HGB. zu § 5 S. 6.

8) Lehmann, Komm. S. 45 § 6 Nr. 2.

(§ 28 HGB.)[9] Unter „Handelsgesellschaften" sind aber hier auch nur die inländischen zu verstehen, d. h. diejenigen, die im Gebiete des deutschen Reiches ihren Sitz haben.[10] Den inländischen sind jedoch gleichzustellen die Zweigniederlassungen von ausländischen Hauptniederlassungen.[11] Juristische Personen, z. B. Kolonialgesellschaften, rechtsfähige Vereine (BGB. § 22, 23) werden ebenfalls von der Wirkung des § 5 betroffen, so daß sie als Vollkaufleute gelten, auch wenn sie ein Gewerbe betreiben, das den §§ 1 oder 2 nicht entspricht.[12]

Es würde zu weit gehen, wenn man den Satz aufstellen wollte: Der Firmeneintrag genießt öffentlichen Glauben, wie dies bei den Hypothekeneintragungen des Grundbuches der Fall ist. Zwei Gründe sprechen dagegen:

1. Die publica fides des Grundbuches wirkt nur zu Gunsten Dritter, während sich auf den Firmeneintrag ein Dritter wie auch der Firmeninhaber selbst berufen darf;

2. Die publica fides des Grundbuches wirkt nur zu Gunsten gutgläubiger Dritter, auf den Firmeneintrag können sich aber gut- und schlechtgläubige Dritte berufen.[13]

Was die zeitliche Anwendung des neuen HGB. anbetrifft, so sei bemerkt, daß die Vorschriften über die Vollkaufmannsqualität, in concreto § 2, § 3 und § 5 keine rückwirkende Kraft haben. Mit vollem Recht sagt

9) vgl. Staub, Komm. S. 158 Anm. 3.
10) Staub, Komm. S. 83. Anm. 3.
11) Lehmann, Komm. S. 63 Nr. 16.
12) Rudorff, HGB. zu § 34 S. 21. Staub, Komm. S. 171 Anm. 16.
13) vgl. Cosack, Lehrbuch S. 98.

Lehmann:[14] „Niemand, der vor dem 1. Januar 1900 Kaufmann war, hat ein Recht darauf, weiter Kaufmann zu bleiben, und Niemand, der bis dahin Nichtkaufmann war, kann beanspruchen, weiter als Nichtkaufmann behandelt zu werden. Aus diesem Grunde beginnt die konstitutive Wirkung des § 5 erst mit dem 1. Januar 1900; § 5 findet also auf Rechtsgeschäfte, die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen sind, keine Anwendung, selbst wenn die Geltendmachung des Anspruches erst nach Inkrafttreten des neuen HGB. erfolgt. Zur Erläuterung stellt Lehmann[15] folgendes Beispiel auf: Hat der in das Handelsregister eingetragene H. am 31. Dezember 1899 und am 2. Januar 1900 mit dem Y. zwei verschiedene Verträge abgeschlossen, so kann Y zwar mit Rücksicht auf den am 31. Dezember 1899, aber nicht hinsichtlich des am 2. Januar 1900 abgeschlossenen Vertrages die Vollkaufmannsqualität des H. bestreiten. „Dabei wird es gleichgültig sein, ob die Eintragung des H. in das Handelsregister vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgt war." Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht freilich Cosack (Lehrbuch S. 768 Nr. 4), welcher behauptet: „Die Wirkung einer Eintragung oder Nichteintragung in das Handelsregister bestimmt sich nach neuem Recht nur, wenn die Eintragung seit 1900 erfolgt ist. Das ist namentlich für die Anwendung von § 5 wichtig."

---

14) Lehmann, in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 48, S. 40 ff, S. 43.

15) vgl. Lehmann in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 48, S. 43,
„ Komm. S. 43, 44.

§ 7.
Beginn der konstitutiven Wirkung des § 5.

Eine praktisch bedeutsame Frage sei nunmehr erörtert: mit welchem Zeitpunkte tritt die konstitutive Wirkung des § 5 in Kraft und wann endigt sie? Diese Frage hat bereits zu manchen Zweifeln Anlaß gegeben, besonders da das Gesetz selber keinen Aufschluß darüber giebt.

Was den Beginn der konstitutiven Wirkung anbetrifft, so wird zu prüfen sein, ob dieselbe bereits mit der Eintragung oder erst mit der hinzutretenden Bekanntmachung Dritten gegenüber in Kraft tritt. Letzteres nimmt vor allem Staub (Komm. S. 87 Anm. 12) an; er sagt: „Wer auf Grund des § 5 als Kaufmann gilt, kann dies dem Dritten doch nur entgegenhalten, wenn der Eintragung die Publikation gefolgt ist." Er ist überhaupt der Ansicht, daß die Eintragung in allen den Fällen, in denen sie konstitutiv wirkt, zugleich auch deklaratorische Kraft, d. h. die Bedeutung einer öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit zu beweisenden und wirkenden Thatsache habe.[1] Hierher würden gehören: § 2 und § 3 Abs. 2 (Eintragung der Soll- und Kannkaufleute), § 5, § 200 (Begründung der Aktiengesellschaft durch Eintragung) und § 277 Abs. 3 (Eintragung der Generalversammlungsbeschlüsse auf Statutenänderung zwecks Erlangung der Rechtswirksamkeit).

Diese Ansicht Staubs hat eine Reihe von Anhängern gefunden. Verteidigt wird sie noch von Lehmann (Komm. S. 44 Nr. 2), Goldmann (Komm. S. 35 Nr. 1),

1) Staub, Komm. S. 86, Anm. 11.

Düringer (Komm. S. 86 IV d), Finger, Diss. S. 65, 66. Lehmann führt aus, daß die unwiderlegliche Rechtsvermutung schon mit der Eintragung entstehe, es bedürfe nicht der Bekanntmachung. „Doch wird gemäß § 15 Abs. 1 der Dritte, solange die Bekanntmachung noch nicht erfolgt ist, sich auf seine Unbekanntschaft mit der Eintragung und deren Folgen nach § 5 berufen können.[2] Dieser Ansicht kann ich aus folgenden Erwägungen nicht beistimmen:

Der § 15 behandelt die materiell-rechtlichen Wirkungen der Publizität des Handelsregisters. Der 2. Absatz desselben stellt den Fundamentalsatz auf, daß eine registerpflichtige eingetragene und bekannt gemachte Thatsache — Abs. 2 sagt: Ist „die" Thatsache . . . u. s. w. d. h. die in Abs. 1 als „einzutragende" bezeichnete — ein Dritter gegen sich gelten lassen muß, außer wenn er nachweisen kann, daß er sie weder kannte noch kennen mußte. Welche Thatsachen sind aber „einzutragende"? Nur diejenigen, welche das Gesetz ausdrücklich als solche bezeichnet. Denn der Kreis der einzutragenden Thatsachen ist im Gesetz (HGB. und Reichsgesetz vom 20. April 1892 betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) erschöpfend bestimmt. Andere Thatsachen gehören nicht in das Handelsregister. Werden sie doch eingetragen, so greift jedenfalls nicht die Regel des § 15 Platz.[3] Sagt doch Lehmann selbst in seinem Kommentar:[4] „§ 15 setzt voraus, daß die einzutragende

2) vgl. auch Buchka, Ötker, Lehmann S. 217.

3) Düringer, Komm. S. 83 Nr. III, 1.

4) Lehmann, Komm. S. 66 Nr. 5.

oder eingetragene Thatsache wirklich besteht. Er setzt ferner voraus, daß die bestehende Thatsache eine eintragungsbedürftige ist. Thatsachen, die nicht eintragungsbedürftig sind, werden vom § 15 auch dann nicht betroffen, wenn sie eintragungsfähig sind: (z. B. Fall des § 36)." Sind denn aber die zu Unrecht erfolgten Eintragungen von Nichtkaufleuten einzutragende Thatsachen? Diese Frage ist doch unbedingt zu verneinen!

Finger (Diss. S. 66) sucht folgenden Ausweg: „Man könnte mit Makower S. 36 einredeweise geltend machen, daß solche konstitutiven Einträge nicht unter den Begriff der einzutragenden Thatsachen fallen. Man müsse aber als Thatsachen im Sinne des § 15 Abs. 2 nicht der Wahrheit entsprechende, sondern an sich eintragsberechtigte finden, gleichviel ob sie nun wirklich vorliegen oder gar nicht bestehen, vielmehr nur vorgeschützt werden." Diese Ansicht geht m. E. zu weit; denn hätte der Gesetzgeber gewollt, daß die Publizitätswirkung des § 15 auch auf § 5 sich erstrecken solle, so hätte er wohl einen entsprechenden Vermerk eingefügt, etwa der Art: „Ist eine Firma eingetragen und bekannt gemacht, so kann u. s. w." oder durch einen Hinweis auf § 15. Nun könnte man freilich einwenden: In § 32, der die Eintragung der Eröffnung und Aufhebung des Konkurses betrifft, ist ja ausdrücklich durch den Zusatz: „Die Vorschriften des § 15 bleiben außer Anwendung" die Publizitätswirkung desselben ausgeschlossen, daraus könne per argumentum ex contrario geschlossen werden, daß in allen Fällen, in denen eine Ausschlußklausel nicht beigefügt sei, der § 15 Anwendung zu finden habe. Allein dieser Einwand würde nicht stichhaltig sein, weil

die Konkurseröffnung und Konkursaufhebung nach § 32 einzutragende Thatsachen sind, und, da nach § 15 die Publizitätswirkung erst mit der Eintragung und Bekanntmachung eintritt, so mußte ein Ausschluß derselben durch einen ausdrücklichen Hinweis erfolgen. Da nun weder § 2, noch § 3 Abs. 2, noch § 200, noch § 277 Abs. 3 einen solchen Zusatz erhalten, so ist demnach die Publizitätswirkung des § 15 auf diese Fälle auszudehnen, und darin möchte ich allerdings Staub (Komm. S. 87 Anm. 12) und Finger (Diss. S. 63 ff.) Recht geben. Vorausgesetzt ist natürlich, daß eine gehörige, d. h. eine der Eintragung entsprechende Bekanntmachung erfolgt ist. Wenn letztere abweichende Angaben enthält, so ist sie insoweit ohne Wirkung, wenngleich die Kaufmannseigenschaft nach § 2 erworben und die Aktiengesellschaft nach § 200 entstanden sein würde.[5] Für den Fall des § 5 aber läßt sich nur sagen: Die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 2 bleibt hier außer Ansatz; die konstitutive Wirkung tritt also Dritten gegenüber mit der Eintragung ein, unabhängig von der Bekanntmachung.[6]

Auf Grund der obigen Erörterungen ist aber die Anwendung des § 15 Abs. 1 auf § 5 in gleicher Weise auszuschließen. Mit Unrecht vertritt Finger (Diss. S. 68) die gegenteilige Auffassung. Es geht also zu weit, wenn die Denkschrift S. 28 sagt: „In sachlicher Beziehung könne die Erweiterung des Grundsatzes — den § 15 ausspricht — einem Bedenken nicht unterliegen."

Wenn nun der eingetragene Nichtkaufmann eine Zweigniederlassung besitzt? Ist dann die Eintragung in

5) vgl. Lehmann, Komm. S. 54 Nr. 7.
6) So auch Ritter, Allgem. Lehre S. 85.

das Register der Hauptniederlassung oder in das der Zweigniederlassung entscheidend, um die Wirkung des § 5 eintreten zu lassen? Zur Beantwortung dieser Frage sei folgende Stelle aus der Denkschrift (S. 29) herangezogen: „Soweit es sich um Rechtsakte handelt, deren Wirksamkeit nicht bloß relativ, sondern unbedingt von der Eintragung in das Handelsregister abhängt, wie die Errichtung der Aktiengesellschaft und dgl. mehr, kann selbstverständlich nur der Inhalt eines einzigen Registers und zwar desjenigen der Hauptniederlassungen entscheiden. An den betreffenden Stellen des Entwurfs ist dies durch die Fassung der Vorschriften zum Ausdruck gebracht." Das ist auch für den Fall des § 5 anzunehmen. Die Rechtsfolgen des § 5 beginnen also bezüglich der Zweigniederlassungen bereits mit der Eintragung in das Hauptregister, aber nicht erst mit der Eintragung in das Register der Zweigniederlassung.[7] Insofern hat Gareis (Handausgabe S. 36) Recht, wenn er die Anwendung des § 15 Abs. 3 nicht auf den Beginn der konstitutiven Wirkung des § 5 gelten lassen will.[8] In gleicher Weise entscheidet auch Lehmann,[9] daß die unwiderlegliche Rechtsvermutung mit der Eintragung in das Register der inländischen Hauptniederlassung entstehe. „Einer Eintragung in das Register der Zweigniederlassung bedarf es nur dann, wenn die Hauptniederlassung im Auslande liegt."

---

7) vgl. Buchka, Ötker, Lehmann S. 217. Staub, Komm. S. 102.

8) Dagegen Finger, Diss. S. 69 u. 70.

9) Lehmann, Komm. S. 44 Nr. 2.

§ 8

Das Ende der konstitutiven Wirkung.

Die konstitutive Wirkung des § 5 bleibt solange in Kraft, als die Firma im Register eingetragen steht und erlischt naturgemäß erst mit der Löschung der Firma der Hauptniederlassung. Das gilt auch dann, wenn das Gewerbe ursprünglich ein Vollhandelsgewerbe war, dann aber eine Einschränkung des Betriebes in der Weise eintrat, daß nur noch ein Handwerk oder ein Minderhandelsgewerbe vorlag, was z. B. in Folge eines Bankerotts eintreten kann; in diesem Falle besteht die Firma bis zur Löschung fort.[1] Die Löschung hat aber zugleich auch im Register der Zweigniederlassung zu erfolgen, weil sonst für dieselbe die Praesumptio juris et de jure aus § 5 fortbestehen und alsdann § 15 Abs. 3 analoge Anwendung finden würde.[2]

Es fragt sich nun, ob § 15 Abs. 1 und 2 auf das Ende der konstitutiven Wirkung des § 5 Anwendung findet. Die Beantwortung dieser Frage macht keine Schwierigkeiten. Wenn das HGB. in § 31 bestimmt: „Eine Änderung der Firma oder ihrer Inhaber . . . . ist nach den Vorschriften des § 29 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; das Gleiche gilt, wenn die Firma erlischt“ und in § 10: „Das Gericht hat die Eintragungen in das Handelsregister durch den Deutschen Reichsanzeiger und mindestens ein anderes Blatt bekannt zu machen“, so ergiebt sich daraus, daß das Erlöschen einer Firma (auch der zu Unrecht eingetragenen) eine

1) Düringer, Komm. S. 98 Nr. 3.
2) Lehmann, Komm. S. 44 Nr. 2.

einzutragende Thatsache im Sinne des § 15 ist.[3] Aus diesem Grunde muß die Publizitätswirkung des § 15 auf diesen Fall — während es für den Beginn der konstitutiven Wirkung zu verneinen war — Anwendung finden. Es sei hier daran erinnert, daß das alte HGB. in Art. 25 Abs. 2 u. 3 die Publizitätswirkung für das Erlöschen einer Firma speziell festsetzte, und analog galt dieser Satz für die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft (Art. 129) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 200) durch Rückverweisung auf Art. 25.[4]

Wenden wir nun den § 15 Abs. 1 und 2 auf unsern Fall an, so ergiebt sich Folgendes:

Solange die Löschung der Firma nicht publiziert ist, braucht sie ein Dritter nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm nicht bekannt war. Deshalb ist der Standpunkt der Denkschrift (S. 19), daß nach der Löschung der Firma für die Folgezeit die im § 5 vorgesehene Wirkung der Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden könne, zu verwerfen. Die hier vertretene Ansicht hat auch in der handelsrechtlichen Litteratur bisher keinen Widerspruch gefunden.

Umgekehrt muß aber der Dritte nach erfolgter Publikation die Thatsache der Löschung gegen sich gelten lassen, wenn ihm nicht der Nachweis gelingt, daß er sie weder kennen konnte noch kennen mußte, z. B. daß er sich gerade im Auslande befand.

Die Löschung der Firma kann auf Antrag erfolgen; ausgeschlossen ist jedoch eine Klage gegen den Firmeninhaber auf Löschung mit der Begründung, daß er kein

3) Finger, Diss. S. 54.
4) Finger, Diss. S. 64.

Vollhandelsgewerbe betreibe, weil jede Geltendmachung gegenüber der Berufung auf die Eintragung ausgeschlossen ist.[5] Außerdem kann aber auch die Löschung von amtswegen erfolgen. Das bestimmt das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in § 142:

„Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von amtswegen löschen. Die Löschung geschieht durch Eintragung eines Vermerks". Als ein solcher Mangel muß aber das Nichtvorhandensein eines Vollhandelsgewerbes im Falle des § 5 angesehen werden.

Wenn übrigens § 142 besagt: „Das Gericht kann löschen," so ist hier nicht mit Gareis[6] anzunehmen, daß das Gericht löschen kann und muß. Wäre das Gericht zur Löschung verpflichtet, so hätte das Gesetz es ausdrücklich festsetzen müssen, wie es z. B. in § 54 der Grundbuchordnung geschehen ist, welcher die Registerbehörde verpflichtet, im Falle einer unter Verletzung eines Gesetzes vorgenommenen Eintragung von amtswegen einen Widerspruch einzutragen und eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung von amtswegen zu löschen.

Wenn nun eine zu Unrecht eingetragene Firma wieder gelöscht ist, wie steht es dann mit den Rechtsverhältnissen, die sich auf den Eintrag stützen? Haben diese Bestand und Wirkung auch noch nach der Löschung? Hat z. B. der Eingetragene eine Bürgschaft formlos übernommen. (§ 350 HGB.),[7] kurz darauf aber, noch

5) vgl. Lehmann, Komm. S. 41 Nr. 2.
6) Gareis, Handausgabe S. 24
7) vgl. Finger, Diff. S. 55.

ehe er aus seinem Bürgschaftsversprechen belangt wurde, seine Firma wieder löschen lassen, kann er nun einwenden, daß die Vorschriften des HGB. für ihn nicht mehr zur Anwendung kämen, sondern nur die des bürgerlichen Rechts, und daß deshalb sein formlos abgegebenes Bürgschaftsversprechen für ihn nicht mehr verbindlich sei, weil § 766 des BGB. Schriftform verlange? Mit Recht ist diese Frage verneint worden (vgl. Düringer in der Juristenzeitung Bd. IV, S. 168 und Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 49 S. 38). Er haftet also trotz der Löschung seiner Firma noch weiter. Sollte er aber während seiner Eintragung aus seinem Bürgschaftsversprechen belangt sein und gezahlt haben, kann er dann Rückforderung des Gezahlten gegen den Gläubiger geltend machen, wenn er seine Firma wieder löschen läßt und dem Gläubiger gegenüber einwendet, daß ein unrechtmäßiger Eintrag vorgelegen habe? Es steht ihm ja nicht einmal das Recht zu, im Wege einer Feststellungsklage die wahre Eigenschaft seines Gewerbes feststellen zu lassen, um dadurch Dritten gegenüber die Folgen aus § 5 zu beseitigen.[8] Darum ist diese Frage gleichfalls zu verneinen![9]

§ 9.

Die rechtliche Stellung des Firmeninhabers.

Es sei nunmehr die rechtliche Stellung des Firmeninhabers eingehend erörtert.

Der § 5 beschränkt sich darauf, gegenüber dem sich auf die Eintragung Berufenden die Einrede des mangelnden

8) vgl. Lehmann, Komm. I S. 45 Nr. 2.

9) Schirrmeister, a. a. O. Bd. 49 S. 38. Finger, Diss. S. 55.

Vollhandelsgewerbes auszuschließen. Infolgedessen hat sich eine Streitfrage entsponnen über die Frage, ob dem Firmeninhaber Vollkaufmannseigenschaft oder nur Vollkaufmannsgeltung, d. h. eine in gewissen Beziehungen eingeschränkte Vollkaufmannseigenschaft zuzuschreiben sei. Die erstere Ansicht, die von Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 36. 39 ff. vertreten wird geht davon aus, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe auf Grund der Eintragung ein Vollhandelsgewerbe sei und deshalb der Firmeninhaber auch Vollkaufmann sein müsse.

So weit hat der Gesetzgeber aber entschieden nicht gehen wollen.[1] Schirrmeister[2] verteidigt seinen Standpunkt in folgender Weise: „Soll der Firmeneintrag wirklich die notwendige und auch vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit schaffen, dann muß durch die Registrierung die Kaufmannseigenschaft unbedingt erzeugt werden. Man muß sich darauf verlassen können, daß jeder Gewerbetreibende, der im Handelsregister eingetragen steht, auch wirklich Kaufmann ist." Das läßt sich wohl für die Fälle der §§ 1—3 behaupten, aber nicht für § 5. Schirrmeisters Folgerung: „Der Firmeneintrag schafft formelle Wahrheit, deshalb ist jeder eingetragene Gewerbetreibende schlechthin Vollkaufmann" ist aus folgenden Gründen nicht anzuerkennen: Mit seiner Ansicht steht in Widerspruch, daß § 5 von einem unter der Firma betriebenen Gewerbe spricht; infolgedessen schließt schon das Nichtvorhandensein eines solchen die konstitutive Wirkung des § 5 und damit jede

1) vgl. Staub, Komm. I zu § 5 S. 87 ff.
2) Schirrmeister, a. a. O. S. 36.

Möglichkeit der Annahme der Vollkaufmannsqualität aus. Ferner ist aber auch aus dem Grunde die Kaufmannseigenschaft „schlechthin" nicht anzunehmen, weil die Wirkung des § 5 dem Registerrichter und Strafrichter gegenüber nicht standhält,[3] und ferner, weil sie erst infolge einer Berufung auf den Eintrag hervortritt und die Beteiligten daher dieselbe vertragsmäßig ausschließen können.[4]

Es ist vielmehr mit Lehmann (Komm. S. 43 No. 2) zu sagen: „Der § 5 schafft eine unwiderlegliche Rechtsvermutung, welche einen Gegenbeweis schlechthin ausschließt und den Prozeßrichter zwingt, aus der Eintragung den Schluß zu ziehen, daß das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, der Betreibende ein Vollkaufmann sei." Der Firmeninhaber gilt also im Handelsverkehr als Vollkaufmann, aber nur unter der Voraussetzung, daß er ein Gewerbe betreibt, nicht ein Vollhandelsgewerbe, denn dann ist er Vollkaufmann, wohl aber kann es ein Minderhandelsgewerbe sein. Das besagt § 5, wenn er die Einrede des Nichthandelsgewerbes und des Nicht-Vollhandelsgewerbes gegenüber der Berufung auf den Firmeneintrag ausschließt.

Es ist auch nicht richtig, wenn Rudorff[5] sagt: „Durch § 5 werden die Voraussetzungen des § 2 rechtskräftig festgestellt."

Ob der Firmeninhaber an der falschen Eintragung schuld ist, oder ohne sein Vorwissen ein Unbefugter die Eintragung veranlaßt hat, darauf kommt es nicht an.[6]

3) s. darüber im nächsten § dieser Abhandlung.
4) Finger, Diff. S. 48.
5) Rudorff, HGB. zu § 2 S. 4.
6) Cosack Lehrbuch S. 47 5b.

In einzelnen Fällen gilt nun Folgendes:

I. Der Firmeninhaber muß ein Gewerbe oder besser gesagt: mindestens ein Gewerbe betreiben, wenn § 5 Platz greifen soll. Ob dem Registerrichter aber das Recht zustehe, den Nachweis eines solchen zu fordern, ist nicht unbestritten für § 5. Verneint wird es von Cohn in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 75 mit der Begründung, daß die Eintragung vor der Geschäftseröffnung erfolgen könne. Man muß aber doch wohl Lehmann (Komm. S. 47 No. 14) Recht geben, wenn er sagt:

Im Falle des § 5 entspricht es der Bedeutung des Eintrags, daß der Registerrichter in eine Prüfung darüber einzutreten habe, ob das Gewerbe in Wahrheit ein Handelsgewerbe oder ob es in Wahrheit ein Großgewerbe ist. Der Registerrichter hat, soweit ihm Zweifel bleiben; von amtswegen die zur Feststellung dieser Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten (F. G. § 12) und die Organe des Handelsstandes sind verpflichtet, ihn zu unterstützen (F. G. § 126). Aber auch der Anmeldende ist auf Erfordern gehalten, die erforderlichen Nachweise durch Vorlegung seiner Bücher u. dergl. zu liefern.

Der Firmeninhaber muß ein Gewerbe betreiben bedeutet: sein Geschäftsbetrieb muß sich zusammensetzen aus einer Reihe von selbständigen Thätigkeiten, die zu dem Zweck vorgenommen werden, um daraus eine ständige Einnahmequelle zu machen.[7] Der Inhaber eines solchen Gewerbes gehört falls nicht die Erfordernisse des § 1 oder § 2 vorliegen, nicht in das Handelsregister. Ist er aber einmal eingetragen, dann tritt die konstitutive

7) Lehmann, S. 3 Nr. 3; Staub, S. 43, Anm. 13; Cosack, S. 23 ff.; Düringer, S. 25—27.

Wirkung des § 5 ein: er gilt nunmehr als Vollkaufmann und sein Gewerbe als Vollhandelsgewerbe. Es war aber bereits mit Vorbedacht gesagt: er muß mindestens ein Gewerbe betreiben. Das heißt mit andern Worten: wenn nicht einmal ein Gewerbe vorliegt, dann ist die Einrede des mangelnden Gewerbes zulässig.[8] Denn die Eintragung der Firma heilt nach § 5 nur die mangelnde Eigenschaft der Kommerzialität, nicht aber die des Gewerbes.[9]

Im einzelnen sind nun folgende Einreden möglich:

1. daß das Gewerbe nicht rechtsgültig sei. Dies ist der Fall, wenn es betrieben wird von einem Minderjährigen, dem die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts fehlt.[10] Desgleichen das Gewerbe von Personen, die nach § 114 BGB. ihnen gleichgestellt sind, nämlich der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten, ferner der Großjährigen, die unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind (BGB. § 1906).

2. daß keine Thätigkeit vorliege. Der andere Kontrahent könnte also trotz des Firmeneintrags die Kaufmannsqualität des Eingetragenen bei sog. Schwindelfirmen bestreiten.[11]

3. daß keine private Thätigkeit vorliege, z. B. dem Staate gegenüber, wenn er der Bestimmung des § 452 zuwider, wonach die Postverwaltungen des Reiches und

8) Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 75.
9) Lehmann, Komm. S. 6 Nr. 10.
10) Heinemann, Diss. S. 40.
11) Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 76.

der Bundesstaaten nicht dem HGB. unterstehen, eingetragen ist.[12]

4. daß der Betrieb nicht auf dauernden Erwerb gerichtet sei, wenn z. B. nur ein gelegentlicher Abschluß von Geschäften vorliegt oder eine Gewinnerzielung überhaupt nicht beabsichtigt ist.

Nicht ist aber der Einwand zulässig, daß der Eintragung keine Anmeldung zu Grunde liege oder eine von der Eintragung verschiedene Anmeldung vorliege. Denn § 5 bietet hierfür keinen Anhalt (vgl. Lehmann, S. 44, Cosack, S. 47, 48, Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 37). Das Gegenteil nehmen freilich an: Düringer (Komm. S. 84) und Schultze-Görlitz (Komm. S. 39).

Es könnte aber, falls eine Eintragung dolose herbeigeführt wird, um den andern Teil dadurch widerrechtlich zu schädigen, eine exceptio doli gegeben sein (vgl. Lehmann, Komm. S. 43), z. B. wenn eine Frau verleitet wird, sich eintragen zu lassen, um ihr die Möglichkeit der Herabsetzung der Konventionalstrafe oder die Berufung auf das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte zu nehmen, dann dürfte ihr die exceptio doli zustehen.

II. Der Firmeninhaber darf aber kein Vollhandelsgewerbe betreiben. Denn dann ist die Anwendung des § 5 selbstverständlich ausgeschlossen.

III. Das Gewerbe kann aber ein Minderhandelsgewerbe sein. Der § 5 findet deshalb auf Minderkaufleute Anwendung. Das geht daraus hervor, daß § 5 die Berufung auf das Vorhandensein eines der in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betriebe ausschließt.

12) Gareis, Handausgabe S. 10; Finger, Diss. S. 46.

Was den § 4 Abs. 1 betrifft, so enthält er die Bestimmung, daß die Vorschriften über Firmen, Handelsbücher und Prokura auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung finden. Diese beiden Gruppen bilden die Klasse der Minderkaufleute im Gegensatz zu den Vollkaufleuten der §§ 1—3.

Diese sind grundsätzlich vom Handelsregister ausgeschlossen. Sind sie aber in das Register eingetragen, findet § 4 Abs. 1 keine Anwendung; sie gelten nunmehr als Vollkaufleute, und eine Vereinigung mehrerer Minderkaufleute bildet dann eine offene Handelsgesellschaft vom Zeitpunkt der Eintragung an, wenn nicht durch die Einrede eines Dritten, die Handelsgesellschaft sei wegen Geisteskrankheit eines socius niemals zur Entstehung gelangt oder sei schon wieder aufgelöst, die Wirkung des § 5 entkräftet wird.[13]

Um nun kurz zu rekapitulieren, welche Personen von der Wirkung des § 5 betroffen werden, so ist zu sagen: die konstitutive Wirkung des § 5 tritt ein, wenn es sich handelt:

1. um Personen, die überhaupt ein Gewerbe betreiben;
2. um Personen, die ein Handwerk oder ein Kleingewerbe betreiben;

nicht aber, wenn es sich handelt:

1. um Personen, die kein Gewerbe betreiben;
2. um Personen, die ein Vollhandelsgewerbe betreiben.

Zum Schluß sei noch die Frage der Beweislast berührt. Von vornherein ist nach dem Wortlaute des

13) Düringer, Komm. S. 57 Nr. II, Staub, Komm. S. 293 Anm. 11.

§ 5 der Gegenbeweis ausgeschlossen, daß der Eingetragene kein Vollhandelsgewerbe oder nur ein Minderhandelsgewerbe betreibe (Praesumtio juris et de jure[14]). Andrerseits braucht aber der sich auf den Eintrag Berufende, — der Dritte wie auch der Firmeninhaber selbst — nicht nachzuweisen, daß ein Gewerbe vorliege, trotzdem der § 5 ein unter einer Firma betriebenes Gewerbe verlangt.

Mit Recht sagt Staub:[15] „Von zwei Parteien, von denen die eine eine vom normalen Rechtszustande minder abweichende, die andere eine von der normalen Situation weiter abweichende Rechtslage behauptet, ist nach allgemeinen Grundsätzen[16] diejenige beweispflichtig, welche die weitere Abweichung behauptet und hieraus Recht für sich herleitet." Im Falle des § 5 würde es also derjenige sein, der geltend macht, daß der eingetragene Firmeninhaber überhaupt kein Gewerbe betreibe.

§ 10.

Anwendungsfälle des § 5.

Die praktische Bedeutung des § 5 besteht darin, daß die unrechtmäßige Eintragung für den Gewerbetreibenden nicht bloß Pflichten erzeugt, sondern daß der Eingetragene auch selber sich auf seinen Eintrag berufen und sich dadurch kaufmännische Rechte sichern kann.

Er hat also alle Pflichten eines Vollkaufmannes: er darf z. B. nicht Ermäßigung der von ihm versprochenen Vertragsstrafen fordern (§ 348 HGB. und § 343 BGB.);

14) Buchka, Ötker, Lehmann, S. 213x.
15) Staub, Komm. S. 80 Anm. 7.
16) vgl. auch Staub, Komm. S. 22 Anm. 56.

er darf nicht die Einrede der Vorausklage geltend machen im Falle einer übernommenen Bürgschaft (§ 349 HGB.); sein abstraktes Schuldversprechen, sein Schuldanerkenntnis, sein Bürgschaftsversprechen (§ 350 HGB.) sind für ihn formlos verbindlich.[1] Die unverzügliche Untersuchungs- und Rügepflicht (bisher Art. 347) gilt jetzt nach § 377 nur, falls der Kauf für beide Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist; deshalb wird es für den Dritten von Interesse sein, sich darüber zu vergewissern, ob der andere Kontrahent im Handelsregister eingetragen steht oder nicht. Das Gleiche gilt auch für die Aufbewahrungspflicht des § 379 (bisher Art. 348).[2]

Erscheint es aber nicht bedenklich, wenn man einer unrechtmäßigen Eintragung die Wirkung beilegt, daß sie sogar Rechte erzeugen kann? Daß der Gesetzgeber dadurch die unrechtmäßigen Einträge den rechtmäßigen hat gleichstellen wollen, wird wohl niemand behaupten. Man wird aber vielleicht einwenden: Dann kann ja jeder Gewerbetreibende sich eintragen lassen und, gestützt auf seinen Eintrag, sich alle möglichen Vorteile des Handelsstandes erschleichen? Man muß aber doch wohl mit Düringer[3] sagen: „Es ist nicht zu befürchten, daß sich Gewerbetreibende zum Handelsregister hinzudrängen würden, welche nicht hineingehören; die Übernahme der Pflichten des Kaufmanns, die Beiziehung der eingetragenen Kaufleute zu der Besteuerung für die Handelskammer, die Kosten der Eintragung und der Veröffentlichung

1) Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 75, Ritter, a. a. O. S. 85 N. 4.
2) Gruchert, Beiträge Bd. 42 S. 75.
3) in Holdheim, Monatsschrift 5. Jhrg. Nr. 8 S. 243 u. 244.

werden in der Regel für die große Masse nicht eintragungspflichtiger Gewerbetreibender ein hinlänglicher Grund sein, die Anmeldung zu unterlassen".

Es fragt sich nun aber: Was für Rechte sind es, auf die der Eingetragene unter Berufung auf seinen Eintrag Anspruch erheben kann? Der § 5 sagt leider nichts darüber. Aus der Denkschrift[4] geht jedoch hervor, daß die Tragweite des § 5 sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Eingetragenen erstreckt, nicht aber auf das Gebiet des öffentlichen Rechts, besonders des Strafrechts, auch nicht auf den Registerrichter.

1. Kann der Firmeninhaber unter seiner Firma klagen und verklagt werden? Im bisherigen Recht stand ihm dieses Privileg nicht zu, abgesehen davon, daß es unter der Herrschaft des alten HGB. sehr bestritten war,[5] ob ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden konnte. Die Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes[6] hat dies aber angenommen. Dem schließt sich auch das neue HGB. in § 17 an, weil nach der Denkschrift (S. 31 und 32) die entgegengesetzte Regelung die Rechtsverfolgung unnötig erschweren würde, indem es namentlich in Wechselsachen und Fristsachen zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen würde, wenn der Kläger genötigt wäre, vor der Anstellung der Klage erst noch Ermittlungen darüber anzustellen, welches der bürgerliche Name des Firmeninhabers ist. Man kann — so sagt Düringer (Kom. S. 99 Nr. 6) mit Recht — dem Gläubiger in diesen Fällen, die meistens eine möglichst

4) Denkschrift S. 18.
5) vgl. Staub, Komm. 5. Aufl. § 6a zu Art 15.
6) ROH. Bd. 3 S. 411; Bd. 23 S. 101.

rasche Rechtsverfolgung erheischen, nicht zumuten, daß er zunächst urkundliche Belege darüber sammle, wer der Inhaber der zu verklagenden Firma ist.

Der § 17 Abs. 2 sagt: „ein Kaufmann". Damit sind aber nicht nur die Gewerbetreibenden der §§ 1—3, nicht nur juristische Personen, die ein Handelsgewerbe betreiben (§ 33), und Handelsgesellschaften (§ 6) gemeint, sondern auch alle Gewerbetreibenden, die auf Grund des § 5 als Vollkaufleute gelten sollen.[7] Ob der Eingetragene zur Führung der registrierten Firma berechtigt ist — dies würde dann nicht der Fall sein, wenn die Firma den Vorschriften des HGB. nicht entspricht oder das Recht eines andern verletzt — ist ganz gleichgültig, hat auch auf die konstitutive Wirkung des § 5 keinen Einfluß.[8] Mit Unrecht behauptet Göppert, in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. 47 S. 268, daß ein Nichtkaufmann oder Kaufmann minderen Rechts auch dann nicht unter einer Firma klagen und verklagt werden kann, wenn sie im Handelsregister für ihn eingetragen steht, weil sich die Bestimmung des § 5 nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des eingetragenen Firmeninhabers zu Dritten beziehe und mit der Frage des Prozeßrechts, unter welchem Namen eine Person im Prozesse aufzutreten habe, nichts zu thun habe. Denn interpretiert man den Wortlaut der Denkschrift, daß der § 5 sich auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Eingetragenen erstrecke, in dem Sinne, daß sowohl die zivilen Rechtsvorschriften, die für Kaufleute und ihre Geschäfte gelten, als auch

7) Staub, Komm. S. 79 Anm 8. Lehmann, Komm. S. 44 Nr. 2. Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 41.

8) Finger, Diss. S. 42.

die prozessualen,[9] die zur sachgemäßen Durchführung dieser Vorschriften gegeben sind, darunter verstanden sind, dann wird man dem Eingetragenen die Berufung auf § 17 Abs. 2 nicht versagen dürfen.

2. In gleicher Weise wird man auch die Frage entscheiden müssen, ob er zum Handelsrichter gewählt werden könne.[10] Nach § 113 des Gerichtsverfassungsgesetzes kann zum Handelsrichter ernannt werden jeder Deutsche, welcher als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen gewesen ist, daß dreißigste Jahr vollendet hat und in dem Bezirk der Kammer für Handelssachen wohnt. Vorausgesetzt ist aber, daß er (§ 113 Abs. 2) nicht in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist, z. B. wegen Konkurseröffnung nach § 6 der Konkursordnung, noch auch wegen Verurteilung zur Zuchthausstrafe oder wegen Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 31, § 33—35 StGB.) die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, verloren hat. Dickel[11] bestreitet die Anwendung des § 113 auf den eingetragenen Nichtkaufmann; ihm gegenüber machen aber Düringer und Hachenburg mit Recht geltend, daß der § 113 die Eintragung als Kaufmann, nicht die Kaufmannseigenschaft betone.[12]

3. Ferner darf man ihm auch nicht das Recht zum Antrag auf Verweisung eines Rechtsstreites, der gegen

---

9) Staub, Komm. I. S. 79.

10) Lehmann, S. 44, Düringer S. 58, Finger, Diss. S. 51, Gruchot, Beitr. Bd. 42 S. 74, Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 42.

11) Dickel, Bemerkungen S. 40; so auch: Lührs, Diss. S. 16 und Heinemann, Diss. S. 45.

12) Düringer, Komm. I. S. 58.

ihn bei der Zivilkammer anhängig ist, vor die Kammer für Handelssachen verfagen.[13] Solche Verweisung ist z. B. möglich bei Klagen gegen einen Kaufmann aus beiderseitigen Handelsgeschäften, oder falls das Recht zum Gebrauche einer Firma oder das Rechtsverhältnis einer dem Handelsrechte angehörigen Gesellschaft in Frage steht. § 101 GVG. Der Vorteil für ihn würde dann darin bestehen, daß 2 Kaufleute zur Mitentscheidung berufen sind, so daß er eine größere Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse und eine freiere, vom Buchstaben unabhängige Würdigung der Sachlage erwarten darf.[14]

4. Hat der Firmeninhaber ein Recht Prokura zu erteilen? Nach § 40 kann eine solche nur von einem Vollkaufmann oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden; aber auch von einem Gewerbetreibenden, der nach § 5 als Vollkaufmann gilt.[15] Ist dieselbe formgemäß erteilt, dann ist die betreffende Person Prokurist mit allen Rechten und Pflichten eines solchen; es finden also die Vorschriften der §§ 48—53 Anwendung. Er hat alsdann eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zu allen Rechtsgeschäften, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. (§ 49). Nur ist er nicht befugt zur Veräußerung des Geschäfts, noch zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, noch zur Übertragung seiner Prokura. Ist aber der Geschäftsinhaber nicht eingetragen oder seine Firma wieder gelöscht, dann kann er keine Prokura erteilen. Die von ihm ausgestellten

13) Düringer, S. 58 IV, Lehmann S. 44, Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49, S. 42.

14) Dickel, Bemerkungen S. 35.

15) Staub, Komm. S. 204 Anm. 4, Düringer, Komm. S. 47 Nr. 4, Ritter a. a. O. S. 97.

Vollmachten sind dann lediglich nach bürgerlichem Recht (BGB. § 167—176) zu beurteilen.[16]

5. Die in dem Geschäft zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellten Personen sind Handlungsgehülfen, die in demselben mit kaufmännischen Diensten beschäftigten Lehrlinge sind Handlungslehrlinge, wenn der Geschäftsinhaber eingetragen ist.[17] Für ihr Verhältnis zum Prinzipal kommen demnach nicht die Vorschriften des BGB. § 611—630 über den Dienstvertrag zur Anwendung, sondern die §§ 59—83 des HGB., die einerseits für sie vorteilhafter sind, insofern sie auf den Gehalt und Unterhalt, den ihnen der Prinzipal bei unverschuldetem Unglück für die Dauer von 6 Wochen nach § 53 HGB. gewähren muß, Beträge aus Kranken- und Unfallversicherungskassen sich nicht anrechnen zu lassen brauchen, während BGB. § 616 gerade das Gegenteil besagt; andererseits aber auch nachteiliger, wenn nämlich der Prinzipal von dem Rechte des Konkurrenzverbotes und der Konkurrenzklausel Gebrauch macht. (§ 60 Abs. 1 u. 2 und § 74 HGB.).

6. Dem Strafrichter gegenüber soll jedoch die Vorschrift des § 5 nicht standhalten,[19] so daß im Falle des Konkurses bei unterlassener oder unordentlicher Buchführung eine Bestrafung wegen einfachen resp. betrügerischen Bankerutts nach KO. § 239 und 240 nicht eintritt. Denn dem Strafrichter gegenüber bleibt der Grundsatz des Strafrechts maßgebend, daß die Erforschung der

16) Düringer, Komm. S. 47 Nr. 4.

17) Düringer, Komm. S. 47 Nr. 5, Ritter, a. a. O. S. 104 ff., Goldmann, Komm. S. 273.

19) Denkschrift S. 18, Cosack S. 48, Ritter S. 86, Lehmann S. 44, Goldmann S. 36. Düringer S. 58. Staub S. 79 Anm. 4.

materiellen Wahrheit die Voraussetzung für die Bestrafung bildet.[20]

Einen weiteren hierher gehörigen Fall enthält das Reichsgesetz vom 6. Mai 1894 über die Abzahlungsgeschäfte. Die Strafbestimmung des § 7 desselben findet nämlich gegen den Veräußerer von Losen gegen Teilzahlung keine Anwendung, wenn der Empfänger als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist. Hier ist also nicht maßgebend die Eigenschaft als Kaufmann, sondern die Eintragung als Kaufmann.[21]

Das Gleiche muß von der Übertretung der Wuchernovelle 4. vom 19. Juni 1893 gelten,[22] welche jeden, der aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe macht und nicht binnen 3 Monaten nach Jahresschluß seinem Schuldner einen Rechnungsauszug mitteilt, mit Geldstrafe bis zu 500 Mk. oder Haft und Verlust des Zinsanspruches aus diesem Rechnungsauszuge bestraft.

Diese Strafbestimmung gilt aber nicht für den Geschäftsverkehr unter registrierten Kaufleuten.

Nach dem Gesetz vom 5. 7. 1896 betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere § 9 ff. trifft einen Kaufmann, der pflichtwidrig unterläßt, ein Wertpapierregister zu führen, Gefängnisstrafe bis zu 2 Jahren. Diese Strafe fällt aber fort, wenn der Depotinhaber als Kaufmann eingetragen ist.[23]

7. Ist der Firmeninhaber zur Übertragung seiner Firma befugt? Diese Frage ist bereits streitig. § 23

20) Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 39.
21) Düringer, Komm. S. 58 IV.
22) Diese ist nach EG. z. BGB. Art. 32 in Kraft geblieben.
23) vgl. Ritter, Komm. S. 72.

bestimmt: „Die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden.“ Mit anderen Worten: ein Handel mit Firmen ist verboten. Die Firma kann also nur mit dem Geschäft zusammen von dem Inhaber veräußert werden. Muß dieser Vollkaufmann sein? Der § 23 sagt darüber nichts. Ein Minderkaufmann hat nach § 4 Abs. 1 kein Firmenrecht, kann also hier nicht in Betracht kommen. Wie steht es aber mit einem Gewerbetreibenden, der zu Unrecht eingetragen ist? Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 49 S. 41, der ihm nicht bloß Vollkaufmannsgeltung, sondern Vollkaufmannseigenschaft schlechthin zugesteht, wie in § 9 dieser Abhandlung ausgeführt war, vertritt demgemäß den Standpunkt, daß er das ausschließliche Firmenrecht mit allen Folgen erwerbe. Zu diesen Folgen gehört auch das Recht der Übertragung seiner Firma. Auf demselben Standpunkt steht auch Düringer (Komm. I, S. 109) und mit Recht! Gegner dieser Ansicht sind Staub (Komm. S. 125 und 126) und Ritter, (Allgemeine Lehre S. 60). Ersterer geht von § 22 aus, welcher die Vorschrift enthält: „Wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen“. Staub verlangt für diesen Fall das Geschäft eines Vollkaufmanns, hält es aber nicht für genügend, daß der Veräußerer gemäß § 5 zufolge der Eintragung als Vollkaufmann gelte, während er es in Wahrheit nicht sei, und zwar aus dem

Grunde, weil der zu Unrecht Eingetragene kein Firmenrecht habe und dasselbe deshalb nicht veräußern könne; der in § 5 ausgesprochene, dem Wortlaute nach ganz allgemein gehaltene Grundsatz erleide eben mannigfache, durch die Natur der Sache gebotene Einschränkungen; der Erwerber sei auch nicht durch seinen guten Glauben geschützt. Welche Einschränkungen sollten dies aber sein? Dann hätte der Gesetzgeber doch jedenfalls einen diesbezüglichen Hinweis einfügen müssen! Es ergiebt sich aber aus der Entstehungsgeschichte des § 5 (die in § 6 dieser Abhandlung erörtert ist) sowie aus der Denkschrift S. 18, daß der Firmeninhaber nur in öffentlich-rechtlicher Beziehung, dem Strafrichter und dem Registerrichter gegenüber, nicht als Vollkaufmann gelten solle. Außerdem ist dieser § doch im Interesse der Verkehrssicherheit aufgestellt!

Ritter (a. a. O. S. 60) macht folgenden Einwand: Die Firma müsse bestanden haben; dies sei nicht der Fall, wenn man nach § 5 nur als Vollkaufmann gelte. „Denn niemand kann auf einen anderen mehr Recht übertragen, als man selbst hat. Der Grundsatz „Hand muß Hand wahren" kann aber hier keine Anwendung finden, weil die Firma nicht zu den beweglichen Sachen gehört, auf die jener Grundsatz allein Anwendung findet. BGB. § 932. Wie gegen den alten, so kann auch gegen den neuen Inhaber des Löschungs- resp. Ordnungsstrafverfahren eingeleitet werden." Das Letztere ist allerdings richtig, hat aber mit der Frage, ob der Firmeninhaber zur Übertragung seiner Firma berechtigt sei, nichts zu thun. Weiterhin ist aber der Einwand, daß die Firma nicht zu den beweglichen Sachen gehöre,

deshalb nicht stichhaltig, weil es sich nicht um Veräußerung der Firma, sondern um Veräußerung des Geschäfts mit der Firma handelt. Andrerseits giebt aber Staub[24] zu, daß, wenn eine Firma zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen und dann veräußert oder erst veräußert und dann eingetragen sei, in diesen Fällen § 5 Platz greife. Der Nachfolger gilt gleichfalls als Vollkaufmann, muß also sowohl berechtigt sein, Rechtsfolgen aus seinem Eintrage für sich herzuleiten, als auch verpflichtet sein, solche gegen sich gelten zu lassen. Das gilt nun insbesondere von dem Übergange der Aktiva und Passiva auf den Rechtsnachfolger auf Grund des § 25, der die beiden Sätze aufstellt:

1. Der Nachfolger haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers;

2. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten dem Schuldner gegenüber als auf den Nachfolger übergegangen.

Vorausgesetzt ist aber ein vollständiger Wechsel der Inhaberschaft, nicht genügt es, wenn der Personalbestand der Inhaberschaft nur teilweise wechselt.[25]

Zu beachten ist jedoch, daß der Inhaberwechsel eine „einzutragende" Thatsache ist. (§ 31 HGB.) Hat also Jemand ein Handelsgewerbe betrieben und dann das Geschäft auf einen andern übertragen, ohne den Inhaberwechsel eintragen zu lassen, dann kommt § 15 zur Anwendung. Diese Rechtsveränderung darf er nach § 15 Abs. 2 dem Dritten nur entgegensetzen, wenn sie

24) Staub, Komm. S. 140 Anm. 6.
25) Staub, Komm. S. 140 Anm. 6.

diesem bekannt ist; er darf die Einrede, daß er überhaupt kein Gewerbe betreibe, gegenüber den von seinem Geschäftsübernehmer eingegangenen Verbindlichkeiten wohl einwenden, um die Rechtsfolgen des § 5 auszuschließen;[26] aber diese Einrede wird wirkungslos, wenn die Rechtsveränderung dem Dritten unbekannt war. Deshalb gilt er auch weiterhin als Inhaber des Gewerbes, obwohl er es nicht mehr betreibt, und haftet auch für die von seinem Rechtsnachfolger eingegangenen Verbindlichkeiten, und zwar ex contractu weil er eben den gutgläubigen Dritten gegenüber als Kontrahent gilt.[27]

8. Der § 5 darf aber nicht zur Umgehung öffentlichrechtlicher Vorschrift dienen. Deshalb könnte keine Kommune ihre Angestellten zu kaufmännischen Angestellten machen und damit die Lebenslänglichkeit ihrer Anstellung unter Berufung auf § 5 entziehen, wenn der Betrieb kein Gewerbebetrieb ist, mag es sich immerhin um Dienste handeln, die auch käufmännische Angestellte zu verrichten pflegen.[28]

26) Staub, Komm. S. 102 Anm. 11.

27) Staub, Komm. S, 102 Anm. 11; vgl. RG. Bd. 12 S. 10, Bd. 15 S. 36, Bd. 19 S.197.

28) Gruchot, Beiträge Bd. 42 S. 76.